

Tilburg University

Rechtsvorming naar behoefte

Barendrecht, J.M.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2000

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (2000). Rechtsvorming naar behoefte. *Nederlands Juristenblad*, 75(13), 690-696.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Rechtsvorming naar behoefte

Welke normen hebben partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?

J.M. Barendrecht

1 Inleiding

Het is goed dat Vranken de discussie heeft aangezwengeld over een andere opzet van de hoogste rechtspraak. Hij noemt vele mogelijkheden die nader zouden moeten worden bekeken, waaronder cassatie in het belang van het recht, een stelsel met prejudiciële vragen en zelfs rechtspraak bij wege van algemene uitspraak.¹ Maar om deze varianten op hun waarde te schatten, zou eigenlijk eerst de vraag moeten worden beantwoord aan welke soort rechtsnormen de ‘afnemers’ van een rechtsvormende instantie als de Hoge Raad behoefte hebben. In dit artikel tracht ik dichter bij een antwoord op die vraag te komen.

Partijen in geschillen zijn de belangrijkste afnemers van burgerlijk recht. Ik betoog dat die vooral hulp nodig hebben in de vorm van objectieve maatstaven voor oplossingen in situaties waarin hun belangen volledig tegengesteld zijn. Deze normen zullen in de huidige tijd meer het karakter van suggesties kunnen dragen, dan van bindend aan de lagere rechter en aan partijen opgelegde regels. Op basis van deze analyse maak ik aan het slot enkele opmerkingen over de manier waarop de rechtsvorming in het civiele recht beter zou kunnen worden georganiseerd.

2 Een simpel model van geschillen

2.1 Een belangenconflict ...

Aan wat voor soort normen hebben partijen in geschillen behoefte? Om dat te bepalen zullen wij dieper moeten duiken in wat geschillen eigenlijk zijn en op basis daarvan moeten bekijken wanneer mensen bij de oplossing van geschillen rechtsnormen nodig hebben. Een heel simpel model van een geschil is dat van een belangen-conflict. Een partij heeft voor haar belangrijke behoeften, wensen en/of zorgen en om daaraan tegemoet te komen, heeft zij de wederpartij nodig, die echter eigen belangen heeft. Als partijen dat belangen-conflict niet gemakkelijk zelf kunnen oplossen, ontstaat een geschil.

De belangen van partijen kunnen op drie verschillende manieren met elkaar verweven zijn:

1. Sommige belangen zijn gemeenschappelijk. Beide partijen in een civielrechtelijk geschil hebben vaak belang bij een goede onderlinge relatie en bij een positief beeld naar buiten. Beide partijen zullen de kosten van conflictoplossing zo laag mogelijk willen houden. In geval van letselschade hebben zowel het slachtoffer als de aansprakelijkheidsverzekeraar belang bij een snelle reïntegratie van het slachtoffer in het arbeidsproces.
2. Andere belangen zijn verenigbaar. Wie iets heeft gekocht dat in het geheel niet werkt, heeft een groot belang bij reparatie, terwijl de leverancier die reparatie vaak tegen weinig kosten kan laten uitvoeren door iemand die toch al in dienst is. Als iets belangrijker voor de één is dan voor de ander, dan is er bijna altijd een

¹ J.B.M. Vranken, Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters, NJB 2000, p. 1 e.v.

oplossing mogelijk waarbij de partij voor wie dit belang het sterkst weegt op een ander punt compensatie aanbiedt, eventueel gewoon in geld.

3. Tenslotte zijn er tegengestelde belangen. Voor in het verleden geleden schade, die niet meer herstelbaar is, kan schadevergoeding in geld de enige in aanmerking komende oplossing zijn. Ten aanzien van de hoogte van die schadevergoeding zijn de belangen tegengesteld.

2.2 ... en barrières

Een geschil ontstaat als partijen dat belangenconflict zelf niet kunnen oplossen en dat problematisch vinden. Een manier om die situatie te omschrijven is dat men het niet kunnen oplossen van het geschil toeschrijft aan barrières, zoals: éézijdige beeldvorming die het conflict blijft beheersen (in verband met en versterkt door vijandbeelden, analogieën of gevoelens van morele superioriteit), aversie tegen verlies, overmatig vertrouwen in de kansen van eigen succes, verstrikking, niet durven of willen openbaren van de eigen belangen, gebruik van tactieken om een zo goed mogelijk resultaat te behalen ten koste van de ander en beperkte informatie- en communicatiekanalen.²

3 Twee hoofdvormen van geschiloplossing

Geschillen oplossen betekent omgaan met die belangen en met die barrières. Er zijn natuurlijk heel veel manieren om geschillen op te lossen. De meeste daarvan zijn terug te voeren op de in figuur 1 geschetste hoofdvormen, of combinaties daarvan.

Twee hoofdvormen van geschiloplossing	
1. Schikken/beslechten	2. Probleemoplossend onderhandelen/ bemiddelen
Belangen (verenigbaar en tegengesteld) vertalen in beweerde rechtsposities	Werkelijke belangen van partijen helder krijgen
Barrières als gegeven beschouwen (hopen dat ze niet hoger worden)	Barrières zover proberen te verlagen als nodig voor oplossing
Beweerde rechtsposities toetsen aan recht	Mogelijke oplossingen genereren
Schikken op basis van: 1. <i>Kans op gelijk bij rechter</i> 2. <i>Verwachte lasten procedure</i>	Kiezen: 1. Gemeenschappelijke belangen dienen 2. Verenigbare belangen waarborgen 3. Tegengestelde belangen verdelen aan de hand van <i>objectieve criteria</i>
Beslechting door rechter	Vergelijking maken met beste alternatief (uitkomst bij rechter?)

Figuur 1

² Zie uitvoerig K. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky & R. Wilson (ed.), *Barriers to Conflict Resolution*, New York: W.A. Norton & Company 1995.

3.1 *Schikken/beslechten*

In de linkerkolom is de juridische geschilbeslechting schematisch weergegeven. Daarbij worden belangen vertaald in beweerde rechtsposities, zowel de verenigbare belangen als de tegengestelde. De barrières worden de barrières gelaten en de beweerde rechtsposities worden juridisch beoordeeld door de rechter, die het geschil beslecht. Daaraan voorafgaand proberen partijen te schikken op basis van een schatting van de kans dat de rechter hen gelijk zal geven, maar ook op basis van de proceskosten, tijd en andere lasten die een procedure voor hen zal meebrengen: de proceslasten.

3.2 *Probleemoplossend onderhandelen/bemiddelen*

In de rechterkolom staat de wijze van geschiloplossing die ten grondslag ligt aan ‘probleemoplossend onderhandelen’ volgens de Harvardmethode en ook aan mediation.³ Men probeert hier de barrières zo ver te verlagen, dat partijen hun werkelijke belangen zichtbaar willen laten worden. Die belangen worden vervolgens zo goed mogelijk gediend: maximalisatie van gemeenschappelijke winst, die vooral kan worden behaald waar belangen verenigbaar zijn; dat is overigens veel vaker dan wij juristen denken als wij de belangen gereduceerd tot een beweerd recht voor ons krijgen.

Voor de tegengestelde belangen wordt gezocht naar objectieve en voor beide partijen acceptabele normen om tot een verdeling te komen. Om te voorkomen dat partijen met een voor hen ongunstige oplossing akkoord gaan, of dat zij een gunstige oplossingsmogelijkheid laten lopen, moet iedere partij de in de onderhandelingen voorliggende oplossing altijd goed vergelijken met het beste alternatief dat buiten die onderhandelingen haalbaar is.

3.3 *Combinaties*

Partijen in een geschil zitten soms meer in de linker en soms meer in de rechterkolom. De rechter die een vonnis maakt, zit meer bij beslechting, maar als hij een comparitie houdt, schuift hij op naar probleemoplossing en bemiddeling. En de rechter die beslist, heeft zijn gezicht ook enigszins naar probleemoplossing gedraaid, want de werkelijke belangen van partijen spelen een grote rol in de huidige rechtspraak. Als verstandige partijen hun commerciële of persoonlijke relatie goed willen houden, proberen zij het aan de rechterkant. Maar wie het rechts niet lukt, kan weer links uitkomen.

4 **De behoefte aan normen**

4.1 *Bij schikken en beslechten*

Aan welke soort normen hebben partijen nu behoefte binnen deze beide hoofdvormen van geschiloplossing (zie figuur 2)? Als zij zitten in het circuit van schikken en beslechten, dan hebben zij in de eerste plaats normen nodig die het hen mogelijk maken hun proceskansen zo betrouwbaar mogelijk te schatten. Dat zijn dus normen die de beslissingsmarge van de rechter beperken: normen die zeggen dat de rechter bepaalde beslissingen niet mag nemen, of normen die een zo sterke suggestie

³ Zie S.B. Goldberg, F.E.A. Sander & N.H. Rogers, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, 3rd Edition, Gaithersburg (NY): Aspen Law & Business 1999, p. 38 e.v.; H. Brown, & A. Marriott, *ADR Principles and Practice*, 2nd Edition, London: Sweet & Maxwell 1999, p. 103 e.v.

inhouden in een bepaalde richting, dat de rechter zich daardoor met een zo hoge mate van waarschijnlijkheid zal laten leiden, dat de proceskansen daardoor inderdaad beter kunnen worden geschat.

Bij schikking en beslechting bestaat dus behoefte aan sturende normen. Daarbij kan die sturing uitgaan van gezag en macht. Partijen speculeren dan op de vrees van de rechter dat een beslissing die niet conform de norm is, zal worden vernietigd. Maar de sturing kan ook het gevolg zijn van de inhoudelijke overtuigingskracht van de norm. Partijen speculeren er dan op dat de rechter overtuigd zal raken van de inhoudelijke juistheid van de norm.

In de tweede plaats zijn partijen geholpen door normen die het hen mogelijk maken hun proceslasten zo goed mogelijk te bepalen. Zij zullen immers het resultaat dat zij in een schikking zullen kunnen bereiken, vergelijken met het resultaat waartoe de rechter zal komen, onder ‘aftrek’ van dat wat het hen kost om tot een rechterlijke beslissing te komen. Normen die meer zicht geven op de te verwachten advocatenkosten, op de tijd die het kost om een rechterlijke beslissing te verkrijgen, of op de persoonlijke belasting die een procedure meebrengt, dragen er toe bij dat partijen hun positie beter kunnen inschatten.

4.2 *Bij probleemoplossend onderhandelen en bemiddelen*

Zijn partijen probleemoplossend aan het onderhandelen, of helpt een bemiddelaar hen daarbij, dan is er vooral behoefte aan normen die partijen suggereren hoe zij met zuiver tegengestelde belangen kunnen omgaan. Maar dat hoeven geen sturende normen te zijn, liever niet zelfs, want de kracht van deze benadering is nu juist dat partijen uiteindelijk zelf verantwoordelijk zijn voor de oplossing. Partijen zullen hier vooral veel hebben aan normen die aangeven hoe zij tot een rechtvaardige verdeling kunnen komen: normen die tussenoplossingen mogelijk maken, en die niet één van beide partijen helemaal gelijk geven.

Behoefte aan normen	
1. Bij schikken/beslechten	2. Bij probleemoplossend onderhandelen/ bemiddelen
Normen die een betrouwbaarder schatting mogelijk maken van: 1. Proceskansen; 2. Proceslasten.	Normen voor verdeling
Omtrent verenigbare en tegenstrijdige belangen	Omtrent tegenstrijdige belangen (evenwichtige tussenoplossingen)
Sturende normen (die bepaalde beslissingen van de rechter uitsluiten)	Suggesterende normen (de verantwoordelijkheid blijft bij partijen)
Op basis van gezag en macht of van inhoudelijke overtuigingskracht	Op basis van inhoudelijke overtuigingskracht

Figuur 2

4.3 *Terugdringen lasten van geschiloplossing*

Wanneer partijen in geschillen kunnen beschikken over deze soorten normen kunnen zij hun geschillen gemakkelijker oplossen: zij kunnen de lasten van geschiloplossing

terugbrengen. Die lasten bestaan onder meer uit proceslasten, maar ook voor schicken, onderhandelen of bemiddeling worden directe en indirecte kosten gemaakt. Hoeveel gemakkelijker een geschil kan worden opgelost wanneer er sturende of suggererende normen zijn, is moeilijk te zeggen. Zeker is wel dat de lasten van civielrechtelijke geschiloplossing zeer aanzienlijk zijn. Alleen al voor de afwikkeling van letselschade worden de jaarlijkse geschiloplossingskosten begroot op een bedrag tussen de 425 miljoen en de 1,15 miljard (exclusief de kosten van afhandeling van regres).⁴ Bij deze orde van grootte is een winst van enkele procenten op de lasten van geschiloplossing al zeer de moeite waard. Daarbij ligt het voor de hand dat de grootste besparing op die lasten waarschijnlijk kan worden bereikt door normen voor geschillen die vaker voorkomen en die gaan over wezenlijker belangen van partijen.

Bij het terugdringen van de lasten van geschiloplossing door rechtsvorming moet wel worden bedacht dat het al dan niet aanwezig zijn van normen ook invloed kan hebben op de inhoud van de oplossingen die partijen bereiken. Die invloed kan positief zijn (normen leiden tot rechtvaardiger resultaten), maar ook negatief (minder rechtvaardige resultaten). Meestal neemt men aan dat het er om gaat de som van de lasten van geschiloplossing en de 'foutlasten' (de lasten die ontstaan door onrechtvaardige oplossingen) te minimaliseren.⁵ Voor het vervolg ga ik er vanuit dat rechtsvorming zodanig zal geschieden dat deze foutlasten daardoor in ieder geval niet toenemen (beslissingen worden er gemiddeld genomen niet onrechtvaardiger door), maar dat kan soms anders liggen.

5 Enkele soorten normen

Wij kunnen nu verschillende soorten normen bekijken en bezien hoe deze in het schema passen:

5.1 *Knopendoorhakkers*

Hoogstandjes van rechterlijke rechtsvorming zijn de regels over eigen schuld bij verkeersaansprakelijkheid ten opzichte van voetgangers en fietsers.⁶ Dat in deze gevallen minimaal 50 dan wel 100 % van de schade moet worden vergoed, tenzij sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, beperkt de beslissingsmarge van de rechter en vergemakkelijkt het schatten van proceskansen. Deze regels beantwoorden dus aan de behoefte in de linkerkant van het schema waar wordt geschikt en beslecht. Zij geven ook objectieve criteria en komen dus ook wel van pas aan de rechterkant, hoewel deze normen misschien sturender zijn dan daar nodig en wellicht ook wenselijk is.

Ook de arresten van 24 april 1992 en 30 september 1994 over bodemverontreiniging waren zulke 'knopendoorhakkers'.⁷ Bepaalde claims van de overheid werden daardoor uitgesloten.

⁴ W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 113

⁵ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown & Company, 4th Edition, 1992, p. 549; *Encyclopedia of Law and Economics* (Bouckaert, B. and De Geest, G. eds.), Aldershot, Edward Elgar (in druk: zie thans al <http://encyclo.findlaw.com/>), 7000 *Civil Procedure: General* (B. H. Kobayashi and J. S. Parker), nr. 4.

⁶ HR 1 juni 1990, NJ 1991, 721 (Ingrid Kolkman) en HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink).

⁷ HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 en 644 (Van Wijngaarden/Staat resp. Staat/Akzo Resins) en HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-198 (30 september-arresten).

5.2 *Normering contractuele verplichtingen*

Zeer nuttig zijn uitspraken van de Hoge Raad die de contractsuitleg normeren, bijvoorbeeld door uit de aard van de overeenkomst in beginsel bepaalde rechtsgevolgen af te leiden,⁸ of door aan te nemen dat op een bepaalde beroepsmatig opererende dienstverlener in het algemeen een bepaalde verplichting rust.⁹ Dit soort uitspraken past aan beide zijden goed. Zij perken de beslissingsruimte in, maar blijven de vorm van suggesties houden.

5.3 *Normen die het debat structureren (procesrecht)*

Er is ook recht dat niet veel meer doet dan het debat tussen partijen structureren. Daaronder vallen uiteraard procesrechtelijke normen, maar ook normen die zeggen dat een bepaald probleem binnen het ene of het andere leerstuk moet worden opgelost,¹⁰ dan wel binnen het ene of het andere rechtstelsel (het i.p.r.). Dit zijn normen die de als het ware de wegen banen naar de uiteindelijke beslissing. Binnen de hiervoor gekozen uitgangspunten zijn deze normen niet erg belangrijk voor partijen in geschillen. Want zij maken het op zichzelf niet of nauwelijks mogelijk de proceskansen beter in te schatten en zij bevatten ook geen suggesties voor oplossingen bij tegengestelde belangen.

Deze normen zijn bij schikking en beslechting soms wel indirect van belang, als zij duidelijk maken hoe kort of lang de weg naar een rechterlijke beslissing is en dus wat de proceslasten zullen zijn. Maar procesrechtelijke normen zoals de Hoge Raad die creëert, maken het in een concreet geval maar zelden gemakkelijker om de te verwachten kosten van rechtshulp of de overige proceslasten te schatten. In het laatste nummer van de NJ van 1999 (nr 50) met procesrechtelijke uitspraken staan bijvoorbeeld beslissingen over de appellabiliteit van een bindende eindbeslissing in een tussenbeschikking, over de appellabiliteit van een beslissing waarbij een voorlopig getuigenverhoor is toegestaan en over wat kan worden aangevoerd in een geding na cassatie en verwijzing. Partijen die voorafgaand aan een procedure een schatting willen maken van hun proceslasten hebben weinig tot niets aan normen op dit gebied, omdat de kans dat zij in dit soort procedurele verwickelingen terecht komen zo klein is, dat deze mogelijkheid in de praktijk geen rol zal spelen bij het bepalen van hun strategie.

Maar hoe zit dat dan? Zijn procesrechtelijke regels niet van heel groot belang voor partijen die met hun geschil onderweg zijn in een proces? Zij bepalen immers hoe de procedurele weg naar de rechterlijke beslissing verloopt? Dat maakt het belang van deze normen echter niet groter. Maar een klein percentage van de geschillen komt in een proces terecht en een nog veel kleiner deel krijgt met de processuele complicaties te maken die in de rechtspraak van de Hoge Raad aan de orde plegen te komen. De Hoge Raad heeft het belangrijkste rechtsvormende werk op het gebied van het procesrecht al lang gedaan: door de zeer toe te juichen tendens tot deformalisering zijn de wegen naar de rechterlijke beslissing zeer breed geworden en de bermen heel zacht. Partijen moeten wel heel onbesuisd rijden of in wel heel

⁸ Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1997, NJ 1997 (Kolkman/Cornelisse) over de verplichting om geen (directe) concurrentie aan te gaan, die voortvloeit uit een overeenkomst tot overdracht van een handelsonderneming.

⁹ Zie laatstelijk HR 11 december 1998, NJ 1999, 650 en HR 29 januari 1999, NJ 1999, 651 (Scheck/Sluyter) over de verplichtingen van een assurantietussenpersoon.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (Vereniging voor de effectenhandel/CSM) over de samenloop tussen art. 6:248 en 258 BW.

ingewikkelde procedurele complicaties terecht komen om nog van de weg af te raken. De huidige problemen zitten veel meer in de lengte van de weg naar de rechterlijke beslissing, en de lengte van die weg bepaalt de proceslasten. Maar daarop heeft het procesrecht dat de Hoge Raad vormt nauwelijks invloed.

5.4 *Belangenwegingsnormen*

Hetzelfde wat voor de meeste procesrechtelijke rechtsvorming geldt, kan men ook aannemen voor bepaalde materieelrechtelijke normen. Ook normen die de lagere rechter meegeven welke soorten belangen en normatieve gezichtspunten zij onder meer moeten meewegen, helpen partijen weinig: noch bij schikking/beslechting, noch bij probleemoplossend onderhandelen/bemiddelen.

Deze normen leveren wellicht wel een kleine bijdrage op een ander vlak: zij helpen partijen om de werkelijke belangen in de gaten te houden, ook als de strijd en daarmee de barrières voor geschiloplossing hoog zijn opgelopen. Zij maken een beweging van schikking/beslechting naar probleemoplossend onderhandelen/bemiddelen mogelijk, doordat zij bij de bepaling van de rechten die partijen hebben de aandacht op de belangen vestigen.¹¹

5.5 *Rechtsbeginselen en grondrechten*

Voor rechtbeginselen en grondrechten ligt dit mijns inziens niet anders.¹² Deze ‘normen’ maken het niet mogelijk de proceskansen beter in te schatten, zo lang zij niet nader met subregels zijn ingevuld. Op zijn hoogst zou men kunnen zeggen dat grondrechten als artikel 8 of 10 EVRM duidelijk maken dat de rechter aan bepaalde belangen een zwaarder gewicht behoort toe te kennen. Maar of dat het zicht op de waarschijnlijke afloop van een procedure vaak vergroot, valt te betwijfelen, mede omdat vaak aan beide kanten grondrechten in het spel zijn.

Aan de andere kant van het spectrum kunnen rechtsbeginselen en grondrechten wel weer enige betekenis hebben. Zij kunnen bepaalde soorten belangen in de aandacht plaatsen, zodat partijen er over en weer rekening mee kunnen houden, dat deze belangen zo goed mogelijk moeten worden gediend. Maar omdat de essentie van geschiloplossing aan de rechterzijde is dat de werkelijke belangen centraal staan, is het wel de vraag of die bijdrage groot is. Wie er op uit is de werkelijke belangen van partijen zichtbaar te maken, lukt dat wellicht ook zonder dat de grondrechten de aandacht daarop vestigen. Men zich zelfs afvragen of er niet het gevaar is dat grondrechten sommige op zichzelf geringe belangen een te overdreven aandacht geven.

Rechtsbeginselen en grondrechten hebben wel een andere nuttige functie. Zij zijn een vehikel voor rechtsontwikkeling, omdat zij geldende wettelijke of andere normen kunnen doorbreken. Die functie mag men echter niet gelijk stellen met rechtsvorming. Het is eerder rechtsvernietiging. Na het opzijstellen van de bestaande norm zal immers al dan niet een nieuwe norm moeten worden gevormd. De dilemma's die daarbij rijzen worden omschreven door Martens in zijn in dit nummer gepubliceerde afscheidsrede, maar deze doen zich vaker niet voor dan wel: op heel veel terreinen waar recht zou kunnen worden gevormd, is er nog geen bestaande (wettelijke) norm die moet worden doorbroken, doch bijvoorbeeld slechts een open norm die nader kan worden ingevuld.

¹¹ Vgl. de louterende werking op het gedrag van partijen die volgens Van Schilfgaarde uitgaat van de redelijkheid en billijkheid, zie P. van Schilfgaarde, *Vage normen*, WPNR 1993, p. 61 en System, *good faith and equity in the New Dutch Civil Code*, ERPL 1997, p. 1 e.v.

¹² Toegevoegd naar aanleiding van een opmerking van E.A. Alkema tijdens de NJB-Salon.

6 De toekomst van de rechterlijke rechtsvorming

Tot zover mijn voorbeelden van soorten rechtsregels. Ieder kan zijn eigen favoriete arresten nu in het geheel passen en daarbij de nadruk leggen op de linkerkant of de rechterkant van de geschiloplossing. Ik vervolg met enkele observaties over de wijze waarop de behoefte aan recht zich in het licht van het voorafgaande verder zou kunnen gaan ontwikkelen:

6.1 *Van beslechting en schikking naar probleemoplossend onderhandelen en bemiddeling*

Mijn inschatting is dat de geschiloplossing van de linkerkant naar de rechterkant aan het bewegen is:

1. In de rechtspraak komen de werkelijke belangen steeds centraler te staan. Deze tendens naar belangenafwegingsrechtspraak is al door velenesignaleerd. Zij is niet alleen zichtbaar in de rechtspraak van de Hoge Raad, maar ook in de aanpak op comparities, waarin men tracht de werkelijke belangen van partijen de basis te laten zijn voor een oplossing van geschillen en natuurlijk in de kort geding rechtspraak.
2. Langzamerhand komen steeds meer geschiloplossingvaardigheden beschikbaar, zodat er meer succes is bij pogingen de barrières voor geschiloplossing te verlagen en tot de werkelijke belangen van partijen door te dringen, zodat die de basis kunnen vormen voor een oplossing. Dit type vaardigheden dringt sterk door in het bedrijfsleven en langzamerhand ook in de rechtshulp en in de rechterlijke macht.
3. De belangrijkste prikkel om op een probleemoplossende wijze met geschillen om te gaan, is echter een economische. Belangenmaximalisatie levert in heel veel gevallen aantoonbare winst op voor beide partijen ten opzichte van het resultaat dat zij realiter kunnen bereiken via beslechting.

6.2 *Van bindend recht naar suggererend recht*

Als deze beweging naar de rechterkant er inderdaad is, dan zal de behoefte aan suggererend recht toenemen en die aan sturend recht afnemen. In wezen is dat een lijn die de Hoge Raad al lang geleden heeft ingezet. In de civiele rechtspraak heeft de lagere rechter al lang veel bewegingsruimte en eigen verantwoordelijkheid en kan hij in veel geschillen kiezen uit tal van mogelijke oplossingen en benaderingen.

Uit het oogpunt van een stimulans voor een probleemoplossende benadering is daar enerzijds veel voor te zeggen. De kracht daarvan is immers dat partijen, wanneer zij eenmaal hun werkelijke belangen op tafel hebben, gezamenlijk op zoek gaan naar creatieve oplossingen. Verruiming van het repertoire aan oplossingen waartoe de rechter kan komen, is dus in die zin toe te juichen.

Het probleem is echter dat partijen die eenmaal in het spel van procederen en schikken verweekeld zijn weinig meer hebben aan die verruiming van dat repertoire. Door het procesrecht zijn zij gedwongen een keuze voor één oplossing in een vordering te vertalen en zich op die positie in te graven. Vrijheid voor de rechter om dan in zijn beslissing met creatieve oplossingen te komen, is daar maar moeilijk mee te rijmen en levert alle mogelijke procesrechtelijke¹³ en materieelrechtelijke¹⁴

¹³ Zie bijvoorbeeld de problematiek van de rechterlijke verrassingsbeslissing, waarover E. Tjon Tjin Tai, Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter, NJB 2000, p. 259 e.v.

spanningen op. Dat die optreden is niet verwonderlijk, want de kracht van de probleemoplossende methode is nu juist dat partijen uiteindelijk zelf een sterke stem in de oplossing hebben. Het zonder toepassing van hoor en wederhoor opleggen van een onvoldoende door partijen gedragen oplossing past daar heel slecht bij.

Daarbij komt dat de vrijheid van de rechter bij het vinden van een oplossing averechts werkt, indien sprake is van tegengestelde belangen. Om partijen te kunnen laten schikken moet de vrijheid van de rechter juist worden ingeperkt. En om een oplossing voor het probleem van tegengestelde belangen te vinden, zijn objectieve normen nodig, die duidelijk maken hoe verdeling kan plaatsvinden.

6.3 *Van vage sturing naar duidelijke suggesties*

Inperking van de vrijheid van de rechter dus en terug naar af? Neen, de tendens richting een meer probleemoplossende benadering biedt juist geheel nieuwe perspectieven, die in het verlengde liggen van het geven van eigen verantwoordelijkheid aan de lagere rechter en aan partijen. Het impliciete uitgangspunt dat aan de cassatierechtspraak ten grondslag ligt, is nu nog steeds dat van centrale sturing, controle en sanctionering. De hoogste rechter legt als ‘wetgever-plaatsvervanger’ bindend bepaalde normen op aan de lagere rechter en partijen, controleert of die normen zijn nageleefd en casseert als dat niet is gebeurd. Er zijn echter vele andere manieren van leidinggeven mogelijk.¹⁵

Als de gedachte van binding aan het recht minder centraal wordt gesteld, kan de hoogste rechter bijvoorbeeld veel scherpere normen formuleren. De vrijheid van de rechter zit dan niet in de normen zelf, maar in de mogelijkheid om de gedane suggesties al dan niet te volgen. De Hoge Raad zou ook sterker kunnen stimuleren dat de lagere rechter duidelijker normen ontwikkelt. In gevallen waarin het nog niet mogelijk is om algemeen geformuleerde suggesties te doen zou hij in ieder geval een voorbeeld kunnen geven van een wel juiste oplossing voor een concreet geval en van de motivering daarvoor.

Een voorbeeld biedt de problematiek van de limitering van alimentatie in verband met de overgangsregeling verbonden aan de Wet limitering na scheiding. Voor de gevallen waarop de overgangsregeling toepasselijk is, hadden lagere rechters een algemene benadering ontwikkeld, die voor de tienduizenden gescheiden Nederlanders die het betrof in ieder geval een suggestie inhield voor een oplossingsrichting.¹⁶ De Hoge Raad heeft het echter niet aangedurfd om aan te geven wat voor deze gevallen in het algemeen een aanvaardbare aanpak is. Hij houdt het bij de gebruikelijke boodschap dat de lagere rechter met alle omstandigheden rekening moet houden en goed moet motiveren, met alleen een vuistregel voor het gemakkelijk te beoordelen geval waarin beëindiging van de alimentatie slechts een relatief onbetekenende terugval in inkomen ten gevolge heeft.¹⁷ Een suggererende en niet bindende aanpak was hier zeer wel mogelijk geweest. Zonder objectieve norm is het vinden van een oplossing voor al die mensen veel moeilijker en veel meer van die mensen zullen hun geschil door de rechter moeten laten beslechten, wat juist in deze context van al lang geleden verbroken huwelijksrelaties onwenselijk is. Bovendien

¹⁴ Zie M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie*, Den Haag: Boom, 1999, p. 16 e.v.

¹⁵ Zie uitvoerig J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei, Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door civiele cassatie: een analyse en denkrichtingen voor de toekomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 82 e.v.

¹⁶ Deze benadering werd uiteengezet in dit blad door J.I. Heuvelhorst & J.N.A. Kwantes, *Beëindiging van alimentatie: een beslissingsmodel*, NJB 1999, p. 943 e.v.

¹⁷ Vgl. HR 26 maart 1999, NJ 1999, 653-655.

ondervindt de Hoge Raad zelf de ongewenste gevolgen van het gebrek aan leiding op dit gebied in de vorm van een grote toestroom van zaken over dit onderwerp.

6.4 *Van gezag naar inhoudelijke overtuigingskracht*

Dit voorbeeld maakt overigens wel duidelijk wat voor cultuuromslag er nodig is om in de aangegeven richting te kunnen gaan werken. De juridische omgeving, maar ook de Hoge Raad zelf, zullen geleidelijk afstand moeten nemen van de gedachte dat de Hoge Raad vooral opereert vanuit een positie van gezag. Het idee dat hij macht over de lagere rechtspraak heeft, past in het hiërarchische beeld van de rechtsorde dat nog overheersend is, maar het kan ook fnuikend zijn voor de besluitvaardigheid. Het lijkt beter het meer te zoeken in inhoudelijke overtuigingskracht en het risico te nemen dat men er af en toe een beetje naast zit, in het vertrouwen dat de lagere rechtspraak dan best in staat is om op basis van de door de Hoge Raad gedane suggesties tot nog betere oplossingen te komen. Modern leidinggeven is veel meer dan alleen maar gezagsuitoefening en dat geldt ook voor leidinggeven over de rechtspraak.

Als inhoudelijke overtuigingskracht belangrijker wordt, heeft dat wellicht ook gevolgen voor de soort motivering die van de Hoge Raad zal worden verwacht. Ik stel het maar als vraag: is verwijzing naar het gezag van een rechtsbron voldoende inhoudelijke overtuigingskracht, of gaat het meer om de explicitering van de maatschappelijke voor- en nadelen van de al dan niet aangenomen norm?

6.5 *Van detail-procesrecht naar grote lijnen*

Als de bovenstaande analyse juist is, kunnen het procesrecht en andere regels die de weg naar een rechterlijke beslissing afbakenen langzamerhand minder prioriteit krijgen. Een rol speelt hierbij ook dat de processuele weg naar een rechterlijke beslissing waarschijnlijk in toenemende mate zal worden bepaald door de rechter en partijen gezamenlijk in één of andere vorm van case-management of procesafspraken.

Het probleem is hier dat veel procesrechtelijke wegen nog steeds uiterst complex zijn en dat er dus regelmatig ongelukken gebeuren, die verhoudingsgewijs vaak bij de Hoge Raad terecht komen.¹⁸ Dat wil echter niet zeggen dat de rechtsvragen die daarbij rijzen steeds even veel aandacht behoeven.¹⁹ Meer in het algemeen geldt dat lang niet iedere rechtsvraag even belangrijk is. Een mogelijke koers, die de Hoge Raad hier al lijkt te kiezen, is het sterker redeneren vanuit algemene procesrechtelijke beginselen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor.

6.6 *Van belangenafwegingsnormen naar tegengestelde belangen verdelen*

Welk soort normen zou wel de prioriteit moeten hebben? Zowel bij schikken en beslechten, als bij probleemoplossend onderhandelen en bemiddeling, bestaat behoefte aan normen die oplossingen bieden voor zuiver tegengestelde belangen. In het civiele recht zijn dat bijvoorbeeld de normen die meer zicht bieden op de wijze waarop de rechter de inhoud van een contractuele risicoverdeling zal bepalen, de normen die duidelijk maken wanneer een persoon aansprakelijk is voor bepaalde schade, normen die helder maken wanneer causaal verband mag worden aangenomen,

¹⁸ Zie voor enige kwantitatieve gegevens Barendrecht, t.a.p. (noot 15), p. 44.

¹⁹ Vgl. Bloembergen, noot in NJ 2000, 89, die stelt dat alle tijd, energie en scherpzinnigheid beter kan worden besteed aan het materiële recht en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, dan aan de 'ordinaire competentiekwestie' die in het besproken arrest Groningen/Raatgever aan de orde was.

normen die aangeven hoeveel eigen schuld in bepaalde situaties zal gelden en normen die informatie geven over de omvang van schadevergoedingen.²⁰

Regels die partijen voorschrijven hoe zij met verenigbare belangen om moeten gaan, zijn bij probleemoplossend onderhandelen of bemiddeling veel minder nodig, omdat partijen daar zelf op zoek kunnen gaan naar de beste oplossing. Problemen omtrent het tijdstip van levering zijn een goed voorbeeld. Indien partijen zich afvragen waarom tijdige levering zo wezenlijk is en waarom levering niet eerder kan plaatsvinden, zijn dit soort problemen heel vaak goed oplosbaar, omdat er zoveel manieren zijn om een uitweg te vinden. Het tijdstip waarop volgens beide partijen contractueel moest worden geleverd, is dan voornamelijk relevant voorzover een partij zich op dat tijdstip heeft ingesteld. Tracht men dit geschil op te lossen door te schikken of te beslechten, dan komt de contractuele leveringsdatum veel centraler te staan. Normen over verenigbare belangen zijn dus vooral relevant wanneer partijen de kans op het verenigen van hun belangen voorbij hebben laten gaan, en dat zal slechts in een minderheid van de gevallen gebeuren.

6.7 *Van alles of niets naar tussenoplossingen*

Bij normen die gaan over tegengestelde belangen kan men onderscheiden tussen regels die de ene dan wel de andere partij geheel gelijk geven en normen die tussenoplossingen suggereren. De laatste categorie lijkt de toekomst te hebben. Probleemoplossend onderhandelen, maar ook schikken, is gemakkelijker als de tussenoplossing al in de norm zelf besloten ligt en partijen niet hun toevlucht hoeven te nemen tot een schatting van de kans dat ieder van hen helemaal gelijk krijgt. Alimentatienormen en de kantonrechtर्सformule in het arbeidsrecht zijn succesvolle voorbeelden van normen die de weg wijzen naar tussenoplossingen en de Hoge Raad geeft ook de richting van tussenoplossingen aan in beslissingen over eigen schuld en over de redelijkheid en billijkheid.²¹

Een probleem is echter dat normen die tussenoplossingen geven andere eigenschappen hebben dan de ‘alles of niets’ normen die traditioneel in de hoogste rechtspraak worden gevormd.²² Bovendien is voor tussenoplossingen vaak een kwantitatieve benadering nodig en de Hoge Raad heeft zich altijd verre gehouden van kwantitatieve beslissingen.²³ Ook wat dit betreft, zou er dus een omslag in het denken nodig zijn.

7 **Gevolgen voor de organisatie van de rechtsvorming**

Als wij uitgaan van de in dit artikel gekozen invalshoek, dan is er vooral behoefte aan scherpe, suggererende normen voor de verdeling van tegengestelde belangen. De

²⁰ Er zijn tekenen dat de Hoge Raad langzamerhand ook een terrein als de berekening van letselschade gaat betreden, zie HR 28 mei 1999, RvdW 1999, 89 (Losser/De Vries) en HR 14 januari 2000, RvdW 2000, 19 (Van Sas/Interpolis). Dat zou goed zijn, want daar is een grote behoefte aan normering.

²¹ Zie, behalve de in noot 6 genoemde rechtspraak en HR 23 mei 1997, NJ 1998, 193 (Rabobank/Everaars) over eigen schuld, alsmede HR 18 januari 1991, NJ 1991, 272 over de redelijkheid en billijkheid en in het verband van rechtsverwerking R.P.J.L. Tjittes, Relativering van rechtsverwerking, NTBR 1999, p. 193 e.v.

²² Zie J.M. Barendrecht, Inleiding, in: Tussen alles en niets, Van toedeling naar verdeling van nadeel, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 2 e.v.

²³ Barendrecht, t.a.p. (noot 15), p. 53 e.v.

volgende vraag is of de rechtspraak, en met name de Hoge Raad, aan die behoefte wil en kan voldoen. Over beide aspecten maak ik nog enkele opmerkingen.

7.1 Rechtsbescherming en rechtsvorming: combineren of splitsen?

Voor rechtsvorming is een attitude nodig om in geschillen primair het algemene te zien en niet primair het specifieke van het geval. De attitude van een rechtsvormer is een wezenlijk andere dan die van de rechter, die primair tot doel heeft om een bevredigende individuele beslissing te geven. De hoogste rechtspraak zoals die in Nederland is gegroeid, legt het accent vrij sterk op de beslissing in het individuele geval. Zo sterk zelfs, dat mensen als Ten Kate, Haak en Martens blijkens hun bijdragen aan de NJB Salon en aan dit nummer rechterlijke rechtsvorming nauwelijks mogelijk achten zonder feiten die uit een contradictoire procedure naar voren komen. Dat lijkt een wel erg beperkte visie; kennis van de te regelen materie kan ook op andere manieren worden verworven, zoals uit eerdere zaken, uit eerdere ervaringen van raadsheren, uit literatuur of uit de conclusie van het OM.

Wij verlangen nu van onze hoogste rechters dat zij de attitude van de rechter en die van de rechtsvormer in zich verenigen. Misschien is dat wel te veel gevraagd en doen wij er beter aan een apart orgaan te scheppen voor rechtsvorming. Het zou kunnen dat een splitsing van taken ook voor de rechterlijke (rechtsbeschermende) taak van de Hoge Raad de beste oplossing is. Want of die in de huidige cassatierechtspraak op een optimale wijze gestalte krijgt, kan men zich afvragen. Is er geen betere kwaliteitsbewaking mogelijk dan door de beste civilisten van Nederland op een erg bewerkelijke, een technisch erg ingewikkelde en een erg afstandelijke wijze een derde keer naar zaken te laten kijken, waarbij alleen de allerergste missers er uit kunnen worden gehaald, omdat de Hoge Raad bij een intensievere kwaliteitscontrole onmiddellijk overbelast zou raken?²⁴

7.2 Wettelijke en rechterlijke rechtsvorming

Als de organisatie van de rechtsvorming wordt aangepast, komt uiteraard ook weer de vraag op of rechtsvorming primair een taak is voor de wetgever. Mijns inziens brengt de hiervoor verrichte analyse van de behoefte aan rechtsvorming ons ook op dit punt verder.

Er is behoefte aan normen die aangeven hoe verdeling zou kunnen plaatsvinden bij tegengestelde belangen. Als de herkomst van normen die nu al voldoen aan die behoefte goed zou worden onderzocht, dan zou het mij niet verbazen als blijkt dat die op het terrein van het civiele recht veel vaker door de rechter dan door de wetgever zijn ontwikkeld. Meestal zijn deze normen alleen in naam te beschouwen als uitleg van wettelijke bepalingen, omdat die wettelijke bepalingen de rechter een vrijwel volledige vrijheid toekennen. Aanvullende regels voor risicoverdelingen in het contractenrecht, normen voor aansprakelijkheid, eigen schuldverdelingen en normen over de omvang van schadevergoedingen worden voornamelijk in de rechtspraak gevormd. De wetgever neemt ze op zijn hoogst af en toe over.

Bij de totstandkoming van recht op dit gebied is waarschijnlijk niet zozeer de rol van de rechter, maar die van de wetgever marginaal. Het initiatief ligt vrijwel steeds bij de rechtspraak en de wetgever heeft meer de rol van controleur en vastlegger (codificatie). Als dat inderdaad zo is, dan is er alle reden om de rechtsvormende taak van de rechter optimaal te organiseren en niet nodeloos lang te

²⁴ Zie uitvoerig Barendrecht, t.a.p. (noot 15), p. 57 e.v.

blijven stilstaan bij de verhouding tussen wetgever en rechter, die ook minder belangrijk wordt bij een verschuiving van binding en gezag naar inhoudelijke overtuigingskracht en suggererend recht.

7.3 *Doorschuiven van de rechtsvormende taak vanwege de rechtsvormingslasten*

Met het oog op de organisatie van de rechtsvorming is het ook goed om te bekijken waarom de wetgever de rechtsvorming zo sterk aan de rechter heeft overgelaten. Dat is misschien niet alleen een kwestie van traditie. Een verklaring zou kunnen zijn dat het ontwikkelen van normen die partijen helpen om tot een rechtvaardige verdeling te komen bij tegengestelde belangen een kostbare, tijdrovende en risicovolle bezigheid is. Rechtsvorming bij tegengestelde belangen betekent kiezen. Om een verantwoorde keuze te kunnen maken is informatie-inwinning en verwerking nodig en binnen het orgaan dat recht vormt, zal men elkaar van de juistheid van de norm moeten overtuigen. Iedere keuze zal bovendien kritiek uitlokken.

Rechtsvorming is zinvol werk, omdat de geschiloplossingslasten voor partijen daarmee afnemen. De beslissingslasten die zo voor partijen worden uitgespaard, komen echter voor een deel terug op het niveau van degene die de normen maakt. En daar ontstaat meteen een knelpunt: een wetgever of een andere rechtsvormer draagt wel de lasten van rechtsvorming, maar daar staan voor hem geen opbrengsten tegenover, want die komen bij partijen terecht.

Bij deze stand van zaken is het niet vreemd dat rechtsvormers een zekere neiging hebben om te vermijden dat zij deze lasten moeten dragen. En dat kunnen zij relatief eenvoudig doen door de oplossing van verdelingsvraagstukken te delegeren: van de wetgever naar de rechter, van de hoogste rechter naar de lagere rechter, van de lagere rechter naar partijen. Vaak gebeurt dat doorschuiven van de rechtsvormende taak in de vorm van het stellen van kaders: het soort procedurele en afwegingsnormen waaraan partijen uiteindelijk weinig hebben. En het niet willen nemen van rechtsvormingslasten zal vooral plaatsvinden, wanneer het rechtsvormende orgaan toch al overbelast is, zoals bij de formele wetgever en de hoogste rechters chronisch het geval is.

Zeker in omstandigheden van overbelasting zal een rechtsvormer een bijzondere reden moeten hebben om de rechtsvormingslasten te willen dragen. In het administratieve recht en ook in het strafrecht is die reden er vaker dan in het civiele recht. De overheid is daar ook zelf partij in de geschillen die rijzen. Dat is voor haar een prikkel om tot normen te komen, omdat zij daarmee haar geschiloplossingslasten in individuele gevallen kan drukken. Maar ook op die terreinen is zichtbaar dat de zwarte piet van de rechtsvorming wordt doorgeschoven: op het niveau van de wetgever in formele zin worden vaak alleen maar kaders geschapen voor de uiteindelijk door de lagere wetgever te scheppen normen en die lagere wetgever 'delegeert' vaak verder door naar het bestuur (of het OM), dat dan uiteindelijk pas overgaat tot het maken van beleidsregels, wanneer de lasten van alle te nemen individuele beslissingen zo hoog worden dat het de moeite loont om die regels te maken.

In het civiele recht ligt dit allemaal anders. De overheid kan haar eigen beslissingslasten daar niet uitsparen en dat is dus niet de reden om tot normen te komen. Het maken van regels voor tegengestelde belangen is hier een service aan de burger. Gezien de schaarse wetgevingscapaciteit op het gebied van het civiele recht, en de zeer zware procedure van formele wetgeving die hier pleegt te worden gevolgd, is het echter begrijpelijk dat die service door de eeuwen heen nooit is gegeven. De rechtsvormingslasten zijn voor de wetgever veel te hoog, zodat de wetgever hier

vrijwel volledig volstaat met het stellen van kaders, waarmee partijen en rechters zelf tot een oplossing moeten komen.

7.4 Prikkels om rechtsvormingslasten te nemen

Bij de inrichting van de rechtsvorming zal men dus goed moeten kijken naar de hoogte van de rechtsvormingslasten en naar de redenen voor rechtsvormers om die lasten te willen dragen. Die redenen kan voor rechterlijke rechtsvormers zijn dat zij zelf hun eigen geschiloplossingslasten kunnen uitsparen. Dat is waarschijnlijk één van de verklaringen waarom juist op het gebied van alimentatie en ontslagvergoedingen normen zijn ontstaan: daarmee worden de lasten van de afdoening van veelvoorkomende geschillen beperkt, waaronder ook de lasten van het moeten verantwoorden van moeilijk verklaarbare verschillen in behandeling. Op dit mechanisme kan men wellicht speculeren door rechtspraak op bepaalde terreinen te concentreren (dan kan de bewuste rechterlijke instantie immers door beleid te gaan vormen geschiloplossingslasten uitsparen), of door de lasten van verspreid over de gehele rechterlijke macht voorkomende beslissingen centraal zichtbaar te laten worden, zoals wellicht met de instelling van de Raad voor de Rechtspraak zal gebeuren.

Een andere reden voor rechters om de lasten van rechtsvorming te dragen kan zijn dat rechtsvorming hun specifieke taak is, zodat zij op die taak worden beoordeeld en op die taak hun reputatie kunnen bouwen. In zekere zin heeft dat altijd gegolden voor de Hoge Raad, maar aan de andere kant is die toedeling van taken ook nooit echt helder geweest. Als rechtsvorming voor de Hoge Raad iets bijkomends blijft, zoals velen nog steeds vinden dat het behoort te zijn, dan zal wellicht snel de neiging bestaan om de lasten van rechtsvorming maar niet te nemen, zeker als de belasting met andere taken al zeer hoog is.

7.5 Een apart orgaan voor rechtsvorming als service aan de burger?

Eén en ander vormt wellicht een extra reden om de verantwoordelijkheid voor de rechtsvorming duidelijk bij één orgaan te leggen. Dat zou de Hoge Raad kunnen zijn, maar wellicht dat onder de vleugels van de Raad voor de Rechtspraak een rechtsvormend orgaan zou kunnen ontstaan. De organisatie van dat orgaan kan dan ook helemaal worden afgestemd op de rechtsvorming.

De procedures binnen dit orgaan zouden de goede elementen van wettelijke en rechterlijke rechtsvorming in zich kunnen verenigen. De voorlichting over de feitelijke omstandigheden kan worden georganiseerd op een manier die specifiek op rechtsvorming wordt toegesneden. De procedure kan zo zwaar worden gemaakt als past bij het soort normen waaraan behoefte is. Het zou een orgaan kunnen zijn dat de behoefte aan rechtsvorming inventariseert, dat monitort of daaraan wordt voldaan en dat alleen zelf aan rechtsvorming doet wanneer dat nodig is. Denkbaar is bijvoorbeeld dat het orgaan gebruik maakt van en voortbouwt op de vele vormen van rechterlijke samenwerking en coördinatie die langzamerhand spontaan zijn ontstaan.²⁵ Uiteraard moet het orgaan wel worden voorzien van de voor rechtsvorming nodige middelen, financieel en anderszins.

8 Meer recht vormen en toch dejuridiseren?

²⁵ H.F. van den Haak signaleert in zijn recensie van mijn boek (zie noot 15) in *Trema*, april 2000, onder 4, terecht dat deze manieren van rechtsvorming daarin meer aandacht hadden kunnen krijgen.

In dit artikel is het civiele recht bekeken vanuit de positie van partijen in geschillen. Dat is geen compleet beeld. Andere perspectieven leiden misschien tot andere eisen aan het te vormen recht. Te denken valt aan de invalshoek van gedragsbeïnvloeding (preventie) en aan de behoefte aan recht die de lagere rechter heeft.

Vanuit de invalshoek van partijen in geschillen zijn suggererende normen voor verdeling bij tegengestelde belangen een goed hulpmiddel om zelf oplossingen te kunnen vinden. Inhoudelijke overtuigingskracht is daarbij belangrijker dan gezag, en normen die tussenoplossingen bieden, genieten de voorkeur. De lasten van de oplossing van civielrechtelijke geschillen, die in Nederland waarschijnlijk in de miljarden guldens lopen, kunnen er mee worden teruggebracht. Er is dus alle reden om meer van die normen te ontwikkelen. De geschiloplossingslasten zullen uiteraard het sterkst kunnen worden teruggebracht door normen voor gevallen die vaker voorkomen en die grotere belangen betreffen. Voor geschillen die weinig voorkomen, is het niet erg zinvol om algemene normen op te stellen.

Suggererend recht met het oog op tegengestelde belangen is een vorm van service aan de burger. Voor die dienstverlening zijn investeringen nodig. Er moet een organisatie zijn, die zodanig van middelen wordt voorzien, dat zij de lasten van het maken van dit recht kan dragen. Die organisatie moet ook bereid zijn om de risico's verbonden aan rechtsvorming te nemen. Rechtsvormers zullen de begrijpelijke neiging hebben de lasten van het maken van normen door te schuiven naar de (lagere) rechter en partijen. Er zal nagedacht moeten worden over prikkels om dat te voorkomen, bijvoorbeeld door de rechtsvormende taak af te scheiden van andere taken.

Meer normen in een tijd van dejuridisering? Het gaat om de soort normen. Er is grote behoefte aan normen voor de verdeling van tegengestelde belangen, maar de wetgever en de hogere rechters die deze zouden moeten maken, blijken vaak met procesregels en afwegingskaders te komen. Hun 'vlucht in het procedurele' is begrijpelijk, wanneer hun capaciteit beperkt is en de rechtsvormingslasten aanzienlijk zijn.

Zou het kunnen dat rechtsvormers door deze mechanismen zelfs een overmaat aan procedurele normen en afwegingskaders produceren? Die normen helpen partijen niet veel verder. Misschien maken deze regels het mogelijk dat de rechter tot betere afwegingen komt. Maar zij zorgen er ook voor dat het recht steeds technischer wordt, zodat partijen in steeds meer gevallen kostbare rechtshulp nodig hebben. Procedurele normen kunnen voorts strategisch worden ingezet door een partij die op iets anders uit is dan de oplossing van het werkelijke geschil, wat de geschiloplossingslasten ook al verhoogt. Kwalitatief goed recht verlaagt de lasten van geschiloplossing: door simpele doelgerichte procedures en door zo scherp mogelijke normen met suggesties voor verdeling waar de belangen van mensen tegengesteld zijn.